

SVB TVVM PRÆSIDIVM CONFVGIMVS sancta Dei Genitrix.

POR DON FRANCISCO DE ARAVS ALGVAZIL MAYOR DE LA REAL AVDIENCIA DESTA CIVdad, como acreedor a los bienes de Andres de Ernas, y como cessionario de Francisco Gomez de Torres, tambien acreedor de los dichos bienes.

CON

Los bienes, y herederos de Pedro de de Retana: sobre que pide don Francisco de Araus, como

 tal

tal acreedor, y cessionario de Francisco Gomez de Torres a los bienes, y herederos del dicho Pedro de Retana, vn quento setecientas y sesenta mil quinientos y seys marauedis: de dos quentos y seyscientos y cincuenta y vn mil y ochocientos marauedis, que Andres de Ernas obligado con el dicho Pedro de Retana pagô al dicho Francisco Gomez de Torres, de quien tienen cession sus bienes, herederos, y acreedores.

En el hecho se presupone lo siguiẽte.

LO PRIMERO, que Pedro de Retana, y Andres de Ernas, y su muger doña Guiomar de Baraona vendieron a Francisco Gomez de Torres ciento quarenta y seys mil, y veinte y cinco mil marauedis de plata de tributo al quitar por dos quentos dozientos y cincuenta mil marauedis de principal, situado este tributo sobre vn juro del dicho Pedro de Retana, cuyo dinero recibierõ los vendedores, y se mancomunaron para el principal, y reditos, por escriptura publica, su fecha en 13. de Março de 602.

Lo segundo, que teniendo Andres de Ernas pleyto de acreedores, salio a el con la dicha escriptura el dicho Francisco Gomez de Torres pidiendo prelacion por seys mil ducados de principal y corridos del dicho tributo.

Lo tercero, que de bienes de Andres de Ernas estaua depositada mucha cantidad de dineros en poder del Depositario general desta ciudad: de lo qual el dicho Francisco Gomez de Torres, y otros acreedores del concurso del dicho Andres de Ernas, pidieron satisfacion de sus deudas; con lo qual con fiãça de estar a derecho, y depositaria, fueron graduados algunos de los acreedores, entre los quales fue vno dellos Francisco Gomez de Torres graduado en quarto lugar, para que del dicho dinero que estaua en poder del depositario general fuesse pagado de sus seis mil du-

ducados que recibio debaxo de la dicha fiança, y dio carta de pago.

Lo quarto, que despues desta graduacion, y paga del dinero que estaua en poder del Depositario, en el concurso ordinario fue graduado el dicho Francisco de Torres por seys mil ducados, por el Alcalde, declarando en la sentencia, que el dicho tributo principal, y reditos estaua a cargo de Andres de Ernas, y su muger, como constaua de la executoria de los señores de la Real Audiencia. De la qual sentencia se apelò, y fue graduado el dicho Francisco de Torres en vista, y reuista, en tercero lugar, sin q̃ las dichas sentencias de vista y reuista hagan mencion de la executoria contenida en la del Alcalde, antes dize la sentencia de vista, que en todo lo que de la del Alcalde es contra ella, la reuoca, la qual fue confirmada en reuista.

Lo quinto, que pagados los acreedores de Andres de Ernas por virtud desta graduacion, a pedimiento de los bienes, y acreedores del dicho Andres de Ernas, mandó que Francisco de Torres como persona que tenia recibidos seys mil ducados de los bienes de Andres de Ernas, cediesse a los bienes, herederos, y acreedores del dicho Andres de Ernas el derecho que tenia contra Pedro de Retana como deudor de la mitad de la quãtidad recebida por el dicho Francisco de Torres.

Lo sexto, que don Francisco de Arauz Alguazil mayor desta Real Audiencia, fue graduado como acreedor de los bienes del dicho Andres d̃ Ernas en decimo quarto lugar, y como tal acreedor graduado, y con la cesion del dicho Francisco de Torres se presentò en la audiencia, y pidio prouision de execucion contra Pedro de Retana, y sus bienes, y le fue mandada dar, y huuo citacion de remate en los herederos de Retana, a cuyo pedimiento se remitio el pleyto al Ordinario en 15. de Mayo de 626.

Esto supuesto, don Francisco de Arauz, ante el Ordinario adonde estaua el pleyto remitido, presenta la cesion, graduacion y autos de execucion proueidos por la Sala, y reproduce todos los autos en su fauor, y pidio mandamien-

miento de execucion contra el dicho Pedro de Retana, y le fue mandado dar y se citaron sus herederos de remate, de que se apelô, y fue reuocado en vista el dicho auto, del qual sé suplicò, y se proueyô auto por la Sala, en que mandô, que las partes alegassen de su justicia en esta Real Audiencia: con lo qual se pronunciò sentencia, que dize assi.

FAllamos, atento los autos, y meritos del, que deuemos de condenar, y condenamos a las dichas doña Ana Maria, y doña Iosepha Olal de Retana a que dentro de cinco dias despues de la notificacion desta nuestra sentencia, den y paguen al dicho Iuan Lopez de Arranaga como administrador de los dichos bienes del dicho Andres de Ernas, y su muger, vn quento y trecientas y veynte y siete mil y nouecientos marauedis, que es la mitad de los dos quentos seyscientas y cincuenta y cinco mil y ochocientos marauedis, que Francisco Gomez de Torres cobrò de los bienes del dicho Andres de Ernas, y su muger, por el principal, y corridos del tributo, de que se haze mencion en este pleito, para que de su poder lo ayan y cobren los acreedores del dicho Andres de Ernas, y su muger, conforme su antelacion, y lo demas pedido por el dicho don Francisco de Arauz por su demanda, absoluemos y damos por libres a la dicha doña Ana Maria, y doña Iosepha Olal de Retana, y juzgando assi lo sentenciamos y mandamos sin costas.

Desta sentencia se suplicò por parte de doña Maria, y doña Iosepha de Retana, y han dicho agrauios de la dicha sentencia: y don Francisco de Arauz acreedor, y cessionario, y Iuan Lopez de Arrenaga administrador de los bienes del dicho Andres de Ernas, pretenden, que se confirme la dicha sentencia, por ser como es justa y conforme a derecho.

Los fundamentos destas partes, respeto de don Francisco de Araus, es la cession que tiene de Francisco de Torres contra el dicho Pedro de Retana, como acreedor graduado a los bienes de Andres de Ernas, y por su persona como acreedor.

Iuan Lopez de Arrenaga pretende confirmacion de la dicha sentencia por la misma cession: porque Andres de Ernas

Eruas,de cuyos bienes es administrador,pagó a Francisco Gomez de Torres seis mil ducados de principal de tributo,en que Pedro de Retana estaua tambien obligado, y mancomunado, pagando, como pagó los bienes del dicho Andres de Eruas la mitad como fiador del dicho Pedro de Retana.

Los fundamentos de los herederos de Pedro de Retana son muchos,y con la respuesta y satisfacion que a ellos se darà,se cõprobarà el derecho de don Francisco de Araus y Iuan Lopez de Arranaga; para que se cõfirme la sentencia de vista.

Primero fundamento de los herederos de Pedro de Retana.

POR parte de los herederos de Pedro de Retana se alega en primero lugar que la demanda primera que dõ Francisco de Araus intentò contra los herederos de Andres de Eruas,fue como cessionario de Francisco Gomez de Torres,y que este Francisco Gomez de Torres no tuuo derechos que ceder,ni al tiempo de la cession era parte legitima para hazerlo.

Este articulo parece prueua con euidencia destos mesmos autos; porque como dellos consta, Andres de Eruas se mancomunó con doña Guiomar su muger, y Pedro de Retana obligãdose todos, y cada vno insolidum al dicho Francisco Gomez de Torres, el qual por virtud desta obligacion cobró su deuda de Andres de Eruas, quedando la dicha obligacion extincta y acabada, y los tres correos libres,per regulam,text.in §.1. instit. quibus modis tollitur obligatio,y por el consigniente Francisco Gomez de Torres sin derechos que ceder,per textum,in l. Modestinus cũ mareria,ff.de solutionibus, porque para poder hazerlo de uiera dar la cession antes de ser pagado.

Segundo fundamento.

ALegase en segundo lugar por parte de los heredero de Pedro de Retana, que caso que tuuiera lugar la c sion de Francisco Gomez de Torres, dō Francisco de Ara no podia pedir mas a Pedro de Retana por virtud dell que la tercia parte de la dicha deuda: y que los obligado son tres, per legem 11.tit.22.part.5.ibi; *Y despues que le fue otorgado este poder en su escogencia, es demandar a cada vno de l otros fiadores aquella parte que pagó por ellos*: l.si plures tollam, de administratione tutorum, ibi: *In alterum pro parte*, & Esto pidiendo por la cesion, y escriptura persona, per le 1.C.de duobus reis, no podia pedir mas que la dicha te cia parte.

Tercero fundamento.

EN tercero lugar dize y alega, que aunque Pedro de R tana se mancomunô con Andres de Eruas, y su mug obligandose al principal y reditos del tributo, confessa do en la escriptura del recibo del dinero, y situandolo s bre bienes suyos: la verdad es, que todo el dinero que d sembolsò Francisco Gomez de Torres fue para Andres d Eruas; y su muger, y entrò en su poder, sin que en Pedro d Retana quedasse alguno; con que asi como si Andres d Eruas, caso que pidiera parte deste dinero a Pedro de Re na, quedaua ligitimamente excluido con esta excepcion y por consiguiente lo queda don Francisco de Araus, c mo persona que representa la de Andres de Eruas.

Para comprobacion deste tercero fundamento, se al gan por parte de Pedro de Retana muchos, que qualqui dellos al parecer, lo apoya bastantemente.

Lo primero, se presenta vna executoria por donde cō ta, que Francisco Gomez de Torres, señor deste tributo, pedia a doña Luysa hija y heredera de Pedro de Retana, y possecdora de la finca sobre que astaua situado el tributo, qu

que lo reconocieſſe. Alegò la dicha doña Luyſa, que aunq ſu padre eſtaua mancomunado con Andres de Eruas, el ſolo fue el que recibio todo el dinero. Y aunque por parte de la dicha doña Guiomar de Baraona muger de Andres de Eruas, y de ſus hijos ſe contradijo, y negò eſta alegaciõ, huuo ſentencia de viſta y reuiſta, en que ſe declara, que los bienes de Andres de Eruas ſon los obligados a eſte tributo, con que a la parte de don Franciſco de Araus, que agora pretende negar lo meſmo, le obſta la coſa juzgada.

Lo 2. para cõprobaciõ de q̃ el dinero de tributo lo recibio Andres de Eruas ſolamente, ſe vale la parte de Pedro de Retana de la ſentencia de graduacion que en el concurſo de acreedores de Andres de Eruas pronuncio el ſeñor don Pedro de Herrera, que en eſſe tiempo era Alcalde, en la qual graduando a Franciſco Gomez de Torres en quarto lugar mandô que fueſſe pagado de los bienes del dicho Andres de Eruas, ſin que mandaſſe ceder derechos cõtra Pedro de Retana, y tomó por fundamento las palabras foj. 33. en el primer ramo, in fine, ibi; *Y el dicho tributo principal, y reditos eſtà a cargo de pagar de los dichos Andres de Eruas, y ſu muger, como parece de la executoria de los ſeñores deſta Real Audiencia, a foj.* 160. Pretendiẽdo, que pues a Franciſco de Torres le fue entregado eſte dinero, por virtud deſta ſentencia no tuuo que ceder contra Pedro de Retana.

Lo tercero, demas de los teſtigos que preſenta, que Andres de Eruas recibio todo el dinero, preſenta vna clauſula del teſtamento de doña Guiomar de Baraona, en que declara por deſcargo de ſu conciencia, que el dinero del dicho tributo de que ſe trata, fue todo para ſu marido Andres de Eruas, y parece deue ſer creida, porque demas de ſer la confeſsion contra ſi, fue hecha in articulo mortis, quo caſu nemo præſumitur immemor ſalutis æteruæ, lex fin. C. ad legem Iuliam repetundarũ: ha preſentado mas otra confeſsion de Pedro de Retana, que declara lo miſmo.

Lo quarto, ſe preſenta vna partida de libro de caxa de Pedro de Retana, foj. 37. en el qual firmado de Andres de

Eruas

Eruas, està la siguiente:

A de auer en doze de Iulio tres quentos quinientas y ocho mil setecientas y cincuenta y quatro marauedis, por el resto y igualamiento de su cuenta fenecida de acuerdo este dia. Y es declaracion, que los seys mil ducados que tomè a tributo de Francisco Gomez de Torres, son a cuenta del señor Andres de Eruas, en cuyo poder entraron, y es a su cargo el pagar los corridos, como los paga, y la redencion del: y lo firmò, porque aya claridad dello. Andres de Eruas.

Sed his non obstantibus, la sentencia de vista es *justa*, y conforme a derecho, y la pretension, y intento de don Francisco de Araus cessionario, y acreedor a los bienes de Andres de Eruas, Iuan Lopez de Arrenaga Administrador dellos, està justificada con la dicha sentencia, sin que le obste lo alegado por parte de Pedro de Retana, vt ex infra dicendis apparebit.

Primera respuesta al primer fundamento de Pedro de Retana.

QVanto a lo primero que se dize por parte de Pedro de Retana, que don Francisco de Araus no tiene buena cession, por ser dada por parte que ya no tenia poder para ello, conforme a la ley modestinus, de solutionibus: esta doctrina no se ajusta a este caso, que es diuerso de lo de la dicha lex modestinus, ex sequentibus.

Primero, porque Francisco Gomez de Torres el dinero que cobrò de los bienes de Andres de Eruas, le fue mandado pagar expressamente de los dichos bienes, que es lo mesmo que le pagara el dicho Andres de Eruas, suo nomine, quo casu non procedit regula desumpta, ex dicta l. modestinus, & cessio potest fieri post factam solutionem, secus si Andres de Eruas pagara en nombre de Pedro de Retana lo que no huuo: sic intelligit dictam legem Modestinus, gloss. celebris, in l. Papinianus, ff. mandati, ibi; *Et ideo distinguas soluat quis suo nomine, an nomine debitoris, aut simpliciter si suo quandocunq; cedi possunt, vt hic cum suis concordantibus* quam

quam glossam sequitur glossa, in lege 4, verbo, la voz, titul, 18. lib. 3. fori legum ibi: Dubitatur tamen quo tempore debeat fieri cessio: Et Cinus in lege cum alter, Cod. eodem titulo, & glossa notabilis, in lege Papinianus, ff. mandati, distinguntt: Aut fideiussor soluit nomine proprio: & tunc quandocunq; etiam ex interuallo potest cessio fieri: vt in lege Papinianus, & lex si possessionem, ff. petitione hæreditatis: & est ratio, de qua ibi: Quia fideiußor suo nomine soluendo, non liberat debitorem, & per talem solutionem actiones non extinguntur, vt in l. Sticho, ff. de solutionibus, §. si mandato: Aut soluit nomine debitoris, & tunc nulla potest fieri cessio, vt allegat lex cum aliter: Et est ratio: quia creditor, cui satisfactum est, nullam habet actionem cum solutione eius, quod debetur: & etiam instituta quibus modis tollitur obligatio, in principio: & nemo plus iuris est, vt in lege nemo plus, ff. de regulis iuris, & extra eodem titulo, capite, nemo, lib. 6. Aut dubitatur quia forte soluit simpliciter, & tunc licet glossa dictæ legis Papinianus aliter dicat, Cinus tamen in allegatione legis cum aliter, tenet, quod quantumcunque fiat cessio ex interuallo, tenet: Quia magis nomine ipsius fideiussoris videtur soluisse, vt ff. de legatis 1. Cod. si res, in fine, & ff. de in rem, lex si filius, & ff. de solutionibus, l. si stichum, §. mandato, & hoc idem tenent Doctores in allegata lege modestinus, ff. de solutionibus, lex tamen 5. Partitæ, titulo 12. lege 11. tenet cum glossa dictæ legis Papinianus, dicens, quod si tempore solutionis fideiußor non expressit, cuius nomine soluit, eo tempore potest fieri cessio contra omnes, sed postea non, quia præsumitur nomine debitoris soluisse, ex quo statim cessionem non petit; potest tamen sine cessione exigere quod soluit à debitore. In casu tamen istius legis cum contra fideiussores fideiussori fit cessio per creditorem, siue fiat ex interuallo, siue ex continenti non refert: cum per talem solutionem præcedentem creditoris factam, actiones non extinguantur contra fideiussores: vt in hac lege, & in viribus supra allegatis. Hæc distinctio fuit Bartoli in dicta l. modestinus, ff. solutionibus, num. 4. ibi; *Aut soluit nomine ipsius soluentis tantùm, & hoc constat, & tunc valet cessio facta post solutionem, nullo interueniente pacto, quia actiones competentes contra debitores principales non extinguntur:* vt in lege sticho, §. si mandato, infra eodem, Menocius lib. 3. de præsumptionibus,

præ

præsumptione 143.num.3.ibi;*Secundus est casus, quando soluens debitum alterius, expressè soluit suo nomine. Hoc in casu cessio actionum fieri potest etiam ex interuallo post solutionem factam: Ita Bartolus in dicta lege modestinus, numero 4. versi. aut soluit nomine, & ibidem Aluericus numero.2. versi. aut soluens: & Immola numer.4. versi. si vero constat, est ratio: quia non censetur extincta, & sublata obligatio debitoris, dicta lege Papinianus, ff. mandati, & lege stichum, §. si mandato, ff. solutionibus: Nam soluens ille dicitur emptor nominis ipsius debitoris, l. plusquam, & l. nominis, ff. de hæreditate actionis venditæ. Cedi ergo ei debent, & possunt actiones quandocunq;*: hanc eandem sententiam tenet Stephanus Gratianus, forensium, tom.2.cap.286.num.4.ibi; *Nec facit quod cessio (de qua agimus) fuerit facta ex interuallo post solutionem, per quam omnes alij iam erant liberati,* l.2. & 3.§, fin. de duobus reis: *Quia cum fideiussor soluerit suo proprio nomine, non consideratur, an cessio fiat ante, vel post solutionem, tunc enim non censetur extincta, aut sublata obligatio debitoris, quasi soluens eo casu iudicatur emptor nominis eiusdem debitoris. Vnde possunt, & debent cedi actiones, quãdocunq; Bartolus in lege modestinus, colum.1. post medium, versi, aut soluit nomine ipsius*: el qual Graciano alega muchos, l.11.tit.12.part.5.versi.mas si acaeciesse.

Y como tenemos assentado, y consta por cosa llana el pleyto, que a Francisco Gomez de Torres se pagó en nombre de Andres de Eruas, y como de tal recibio el dinero; se ajustan las doctrinas referidas: y aunque estuuiera en duda si pagaua suo nomine, aut alterius, correi, y ex Doctoribus supra allegatis, se ha de presumir, que suo nomine, mayormente quando por la ley 4.tit.18.lib.3, fori legum, que la cession se haga ex interuallo, aut in continenti, nihil refert, vt considerat glossa, verbo, ca vos, in dicta l.4. in finalibus verbis, ibi; *In casu tamen istius legis cum fideiussores fideiussor fic cessio per creditorem, siue fiat ex interuallo, siue incontinenti, non refert eum per talem solutionem præcedentem creditoris factam actiones non extinguantur contra fideiussores, vt in hac lege.*

Y son de notar las palabras de la ley, que habla en mancomunados, para excluir el intento de Pedro de Retana, en quanto alega, que Andres de Eruas fue principal deudor

dor con el dicho Pedro de Retana, y con la primer paga si extinguio de todo la obligacion, sin que huuiesse que ceder, dando a entender, que aunque si pidiera la cession en tiempo deuido ante solutionem, no podia surtir efecto, quod est contra iuris regulas, vt infra dicam, & resoluunt Doctores in locis supra citatis.

La ley del fuero dize assi: *Quando alguno tomare dos fiadores, o mas, quier diga cada vno por todo, quier no, en su voluntad se ha de demandar a todos de consuno, o a qualquier dellos: y si al vno demandare, y le pagare, sea tenudo de darle, y otorgarle, la voz que el auie contra los otros.*

Y para el intento de los mancomunados notô aquella palabra: *Quier diga cada vno por todo.*

Y para que a vn post factam solutionem teneat cessio, notò aquellas palabras: *Y si al vno demandare, y le pagare, sea tenudo de darle, y otorgarle la voz.* Adonde se vee que primero se sigue la paga, que la cession.

Que los mancomunados inter se dicantur fideiussores.

Y Que los tres mancomunados aunque inuicem nõ possunt llamarse fiadores, respectu creditoris, respecto de ellos mesmos, no tiene duda que lo son, *Autentica de duobus reis, collatione* 7. *Aluarus Valascus Lusitanus* 1, *par. consultatione* 36. *num.* 3. *ibi*; *Quæ sententia apud me nimis dubia est, quia existimo etiam in reis debendi id, quod in dictis iuribus disponitur locum habere cum respectu obligationis Correorum fideiussores esse non possit negari, siquidem fideiussor ille est qui obligationi alterius se adiecit, vt in principio, instituta de fideiussoribus, textus cum glos. celebri, in authentica de fideiussoribus, in principio, collatione* 4. & in cõsultatione 127. 2. tom. n 6. in fin, ibi; *Adducunt præfati Doctores in argumentum doctrinam Bartoli communiter receptam in l. Reos, num.* 1. *de duobus reis, verbo, in illa tandiu conuersa quæstione, an in dubio duo res debendi censeantur adinuicem fideiussores, vt sic alter ab altero, quod soluit, an creditori repetere resoluit, in fideiusso-*

deiussoribus duplicem reperiri obligatione, alteram, qua debitor tene-tur pro fideiussore qui pro eo soluit. & videre est, per totum num. 7. & 8. Gutierrez allegatione 2. nume. 9. & etiam, ibi: *Et ratio est, quoniam in hoc casu licet regulare, & verum sit cum opinione Azonis, quod plures rei debendi insolidum obligati videa-tur inter se fideiubere, vt si vnus soluerit, possit ab omnibus Correis ab vno quoque pro commodo, & vtilitate quam possit exigere, vt post longam disputationem tenuit glossa, in lege vir vxori, §. fin. in glossa magna, ibi: Tu dic, ff. ad Beleianum, quam Doctores variis in locis sequuntur.*

Quæ sententia est ab omnibus approbata, quoties præ-dicti rei constituuntur in causa onerosa, vt in præsenti.

Segunda respuesta al primero funda-mento de la parte de Pedro de Retana.

LA disposicion de la ley modestinus no puede acomo-darse a este caso, y cesion que dio Francisco Gomez de Torres, etiam post factam solutionem, quia d. l. modesti-nus procedit solum in casu de quo loquitur, scilicet in ex-traneo, qui citra vllam obligationem soluit totum quod ex causa tutellæ debebatur, & non loquitur nec in correis insolidum obligatis, nec in fideiussoribus. Hic intellectus desumitur ex ea dicta leg. modestinus, ponderando illa verba, ibi; *Actiones post aliquod interuallum cessæ sint:* Nam si tutor fuisset qui soluit, & non extraneus, nō cederetur ei ac-tio aduersus contutores pro omni debito, sed partibus cō-tutorum, iuxta regulam legis si plures, ff. de administratio. tutorum: que como nota la glossa magistral, parece que en el caso de la dicha ley huuo tres tutores.

Ratio differentiæ est, porque como nota la mesma ley modestinus, y es resolucion de todos los Doctores supra alegados, auiendo pacto saper cesione, etiam post factā solutionem tenet cesio virtute pacti: desuerte que el estra-ño

ño que pagó por los tutores, sin pacto de que el pupilo cediesse sus acciones, y aunque se las ceda nihil ea cessione actum est, como dize el mesmo texto, quod cessat in duobus, vel tribus correis, vel fideiussoribus, quia tacite per legem conuenitur, vt actiones mandentur, & lex ipsa tacitũ pactum inducit, quia magis creditor videtur vẽdere actionem correo, quam liberare alterum correum, per legem cum is, qui, 37. ff. de fideiusoribus, ibi: *Cum is qui & reum, & fideiussores habet ab vno ex fideiussoribus accepta pecunia præstat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse cum suum præceperit, & perceptione omnes liberati sint: sed non est ita. Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit: & ideo habet actiones quia tenetur hoc ipsum vt præstet actiones.* El qual texto para que ex diametro no repugne la ley modestinus, se deue entender la dicha ley, habla in extraneo non soluente, & quod aliter dici solet quando correus partem correi, aut partem fideiussoris soluit, sic considerat Gratianus dic. tom. 2. cap. 289. nume. 4. Menochius libr. 3. præsumptione 143. numer. 3. vbi soluens dicitur emptor nominis, Tuscus litera C. idem 203. Immola in dicta lege modestinus in principio. Y que la dicha ley modestinus hable en qualquier pacto o tacito, o expresso notò aquellas palabras de la dicha ley modestinus, ibi, *sine vllo pacto,* quia verba tâm expressum, quam tacitum pactum excludunt, cum negatiua sint, l. si is, qui ducenta, §. vltimum, ff. de rebus dubijs.

Tercera respuesta al primero fundamento de Pedro de Retana.

LOS Doctores que resueluen por la dicha ley modestinus, que post factam solutionem non potest cedere actienes aduersus alterum correum, est quia solutione extinguitur obligatio, dicto §. 1. instituta quibus modis tollitur iuncta regula textus in l. nemo plus, de regulis iuris.

Esta razon no se ajusta a nuestro caso: porque aunque Francisco Gomez de Torres acreedor cedente recibio el

dinero de los bienes de Andres de Eruas, fue con la fiança de estar a derecho, y depositaria, que fue lo mesmo que poner el dinero en poder de vn depositario, sin que conste que la dicha fiança està aun oy librada; razon por donde la escriptura no està chancelada por el dicho Francisco Gomez de Torres: con lo qual quando cedio los derechos aú los tenia, y los deudores no estauan aun libres de la obligacion, por no estar, como no estaua el dicho Francisco Gomez de Torres de todo pagado, como considera el señor Gregorio Lopez, verb. *es libre*, in lege 2. titul. 14. part. 5. ibi; *Si tamen res non efficiantur perfectæ creditoris, debitor non liberatur*, idem tenet Bartol. in l. si rem, ff. de solutionibus, num. 1, ibi; *Si res non efficitur perfectè creditoris debitor non liberatur.* Y como los demas acreedores de Andres de Eruas tenian derecho en este dinero que Francisco Gomez de Torres recibio con fiança del depositario, non diciturperfecta solutio, l. si rem 20. ff. de solutionibus, ibi: *Si rem meam quæ pignoris nomine alij obligata esset, tibi debitam soluam nõ liberabor: quia auocari tibi res poßit ab eo, qui pignori accepit.*

Confirmatur demas desta consideracion, del deposito, porque quanto a la fiança de estar a derecho mira a que podia auer, caso en que fuesse determinado boluiesse el dicho dinero Francisco Gomez de Torres, & non dicimus perfectê habere quæ à nobis auocari possunt, l. omnes 1 S[illegible] ff. 1. de regulis iuris, ibi; *Non videtur perfectè cuiuscumq; id esse, quod ex causa auferri potest*, l. non videtur, de adquirenda possessione, d. l. si rem 20. ff. de solutionibus, l. qui tibi, aut Titio, 33. eodem tit.

Facit etiam, que esta paga que se hizo a Francisco Gomez de Torres con la fiança, se hizo condicional, si obtuuiesse en el concurso principal: ac perconsequens non liberauit debitores, Thuscus conclusi. 340. num. 45. ibi; *Limita si solutio est facta ob causam, vel sub conditione, quia si causa, vel conditio non impletur, quia datur repetitio non inducitur liberatio.* Conditione enim pendente actus non dicitur perfectus, suspendit enim conditio actum, l. cedere diem, de verbor. signific.

Ex alio capite no està peremida la obligacion de Andres

dres de Eruas, ni de Pedro de Retana, ac perconſequens, Fráciſco Gomez de Torres es capaz para poder ceder; porque en la eſcriptura de obligacion que hizo Andres de Eruas, y Pedro de Retana, fue la primera condicion que ſe ſigue, que eſtà a foj. 10. en el primero ramo.

Condicion del contrato entre Franciſco Gomez de Torres, y Andres de Eruas, y Pedro de Retana.

PRimeramente con condicion, que luego y quando, y en qualquiera tiempo que ſea que nos los dichos vendedores, y qualquier de nos, o nueſtros herederos, y ſuceſſores, o quien nueſtro poder, o cauſa ouiere, dar mos, o pagaremos, tornaramos, o boluieramos a nos el dicho Franciſco Gomez de Torres comprador, o quien nueſtro poder, o cauſa ouiere, por nos lo ouiere dr auer y cobrar los dichos dos quentos y docientas y cincuenta mil marauedis del precio principal del dicho tributo, todos juntos en vna paga, no en diuerſas, aunque de derecho lo podamos, y deuamos de hazer, y nos ſea permitido, cuyo remedio y las leyes y derechos que ſobre ello en nueſtro fauor, ſean expreſſamente renunciamos, en la propria moneda de reales de plata, que agora lo recebimos, o en otra moneda ſu ſemejante, que tenga ſu propria ley, peſo, valor, bondad, y quilates de la que aora ſe vſa, quier valga mas, o menos la moneda en Caſtilla al tiempo de ſu redencion, y quitacion, y con mas todo lo que ſe deuiere de corridos del todo, y cada coſa dello, pueſto y pagado en eſta ciudad de Seuilla en la caſa de nueſtra morada, que ſeays obligado a lo recebir, y deſde en adelante eſte dicho tributo queda alçado, redimido y quitado.

Del tenor deſta condicion, y de las vltimas palabras, ibi *Y deſde en adelante*, ſe vee claramente, que con la paga que ſe mandò hazer a Franciſco Gomez de Torres, con fiança de eſtar a derecho depoſitaria, no ſe ha cumplido con la condicion de la eſcriptura, y que de ſu naturaleza ſe auia de cumplir in forma ſpecifica, l. qui hæredi, & l. Meuius de conditionibus, & demonſtrationibus, cum vulgaribus, & ſi in

si in minimo deficiat, non dicitur satisfactum, & nec pe
æquipolens potest adimpleri cum Alexandro, Becio, &
alijs resoluit Surdus de alimentis, tit. 5. quæstione, 3. num.
15. & sequentibus.

Facit insuper, que como por esta paga, solutio, non in
ducitur ipso iure Tuscus listera C. conclusione 207. cesio
potest fieri etiam post solutionem, idem Tuscus littera S.
conclusione 340. num. 36.

De aqui vino que se mandó a Francisco Gomez de Tor
res cediesse este derecho, como cosa llana se assentò a la vi
ta en el hecho, sin que las partes desta sentencia se agra
uiassen: ac perconsequens passô en cosa juzgada.

Quarta respuesta al primero funda mento de Pedro de Retana.

QVando la disposicion de la ley modestinus estuuiera
muy ajustada a este caso, sin que don Francisco de Ar
us pudiera euadirse del rigor della, que se niega, ni Andres
de Eruas, en cuyo derecho sucede el dicho don Francis
de Araus, en consentir fuesse pagado Francisco Gomez de
Torres, sin que primero cediesse sus derechos cõtra Pedro
de Retana, está engañado enormissimamente, atento q
quedaua sin ningun recurso contra el correo; ac perconse
quens ex clausula generali debet restitui.

Esta cesion tiene lugar en este caso, porque aun la enor
me está reduzida a todo el contrato ex generalitate, lil. 1.
tit. 11. lib. 5. recopilationis.

Segũdo, porq̃ vt ostendi, la paga que hizo Andres de Er
nas a Francisco Gomez Torres, no fue otra cosa mas que
comprarle los derechos que tenia contra Pedro de Reta
na, per d. legem is qui 37. de fidei russoribus Menoch. lib.
3. presump. 143. nume. 3. Tuscus littera, C. conclu. 203. cum
Immola in d. l. modestinus: sin que pueda dezirse que ni
esta restitucion, y cesion està pedida, & quod vltra peti
tã nõ debet iudicari, argumento l. vt fundus, ff. communi
diui

diuidundo, porque lo contrario es verdadero, ex generalitate legis decimæ, tit. 17. lib. 4. recopilationis, in ſpecie, Gutierrez lib. practicar. quæſtionum. 100. nume. 1. & 8. Val. de ſump. emphitico; quæſt. 9. num. 11, Pinel. l. 2. de reſcindend. cap. 3, num. 26. adonde conſtando del engaño, como notoriamente conſta, aunque no ſea pedido en la demanda ſuper eo debet iudex pronuntiare.

Reſpueſta al ſegundo fundamento de Pedro de Retana.

Este articulo tiene dos caſos, lo primero, quanto el pedimiento que haze don Franciſco de Araus, como ceſsionario de Franciſco Gomez de Torres, por acreedor de Andres de Eruas.

Lo ſegundo, quanto al pedimiento que haze como acreedor del meſmo Andres de Eruas, por ſu propria perſona, ſin q̃ ſea ceſsionario, y ni en vno, ni en otro caſo tienen los herederos de Pedro de Retana juſtificacion, en quanto dizen, que caſo que paguen ha de ſer la tercia parte, reſpeto que los obligados eran tres, Andres de Eruas, y ſu muger, y el dicho Pedro de Retana,

Que don Franciſco de Araus puede pedir a Pedro de Retana no ſolamẽte lo que le pide, pero todo lo que pagó a Andres de Eruas por el, deſcontando la parte de Andres de Eruas.

QVanto al primero, en quanto don Francisco de Arau[s] pide por la cesion, no solamente puede pedir la mi[tad] que pide de aquello que pagó a Andres de Eruas, pero de toda la deuda las dos partes, sin embargo de la ley 11. titul.12, part.5. que no procede en los mancomunados, co[mo] la entiende Parladorio lib. 2. rerum quotidianarum cap.fin.4.parte.§.6.per totum, & á num.3. Felicianus de S[o]lis, de censibus, tom.1.lib.3.cap.2.num.16.ibi, *Pone enim [es]se tres reos debendi obligatos in solidum in contractu censuali, qu[orum] vnus soluit in solidum, is vtique ex iure cesso creditoris quemlibet p[o]terit conuenire in solidum, excepta tertia parte, quæ ad ipsum exp[ec]tabat, glossa Dinus, Bartol. Angelus, Immola, & Paul. in lege m[o]destinus, de solutionibus, glossa Cinus, Faber, Baldus, Salicetus cu[m] alijs in l.1.C. de duobus reis, Gregorius Lopez verbo, Deue torna[r] l.11.tit.12.part.5. in illis verbis: Y despues que le fuere otorga[do] quoniam non loquitur in fideiussoribus obligatis in solidum, vt ob[ser]uat Gregorius ibi, dicto verbo, Deue tornar, ad finem: nos vero ag[i]mus de pluribus reis debendi, aut fideiussoribus obligatis in solidu[m].*

Esto con mas euidencia procede en este caso, adonde Andres de Eruas y sus acreedores demas de la cesion, t[ie]nen poder en causa propria de Francisco Gomez de To[r]res, y se podia pedir toda la deuda a Pedro de Retana p[or] lo consiguiente el mandatario, Gratianus forensium, to[m]. cap.281.num.2.ibi; *Præsertim cum non agebatur ex iure suo, s[ed] ex iure cedentis, apud quem cum actiones essent in solidum, eas[dem] potuit, & debuit in solidum cedere*: l.2. C. de fideiussoribus, no[ui]ssimê Pedro de Siguença de clausulis, lib.1. cap.18.nu. Farinatius, decisi.303. numer.7. ibi: *Cum cessionarius repr[æ]sentet cedentem, & habeat omnes actiones, quæ cedenti competeba[nt] & dicat etiam ipse creditor, l. si á creditore, C. de actionibus, & ob[li]gationibus.*

Esto procede, como tengo dicho, en quanto don Fran[cisco] de Araus pide como cessionario de Francisco Go[mez] de Torres: y siendo verdad, como es, que Francisco Gomez de Torres pudo ceder, ex supra dictis, queda sin c[on]trouersia este articulo.

Q[ua]-

Que don Francisco de Araus por su propria persona sin cessiō, como acreedor que es de Andres de Eruas, puede pedir a Pedro de Retana la mitad de aquello que pagó Andres de Eruas.

QVanto al segundo caso, en quanto don Francisco de Araus pide por su proprio derecho, representando la persona de Andres de Eruas, aunque por la disposicion de la ley 1. C. de duobus reis, parece no podia pedir a Pedro de Retana mas que la tercia parte de toda la cantidad que el dicho Andres de Eruas auia pagado, porque las otras dos tercias partes, la paga de vna dellas competia al mesmo Andres de Eruas, y la otra a su muger doña Guiomar de Baraona, correos insolidum obligados: con todo la disposicion de la l. 1. nō procede en este caso, adonde marido y muger se mancomunaron, vt ex infra dicendis apparebit.

Primô, porque es cosa muy llana, que notan los Scribētes, en la ley 61. de Toro, vbi, gom. numer. 3. y en la ley 9. tit. 3. libr. 5. recopilationis, vbi Azeuedus, & Matienzus Farinacius tom. 2. decisi. 575. n. 2. (vbi de marito, & mulieri, qui censum imponunt) que en todos los casos en q̃ la muger se mancomuna con el marido, aunque respeto del acreedor, quedan duo rei debendi insolidum obligati; con todo, respeto del marido la muger no queda correa, sino vna simple fiadora: fit ergo consequens, que este Andres de Eruas no puede pedir la tercia parte a su muger, q̃ no es a su respecto correa; antes deue pedir la mitad a Pedro de Retana, & sibi imputet, que contrato con marido, y muger que tiene esta presuncion de derecho, y otra de que el marido es visto recibir todo el dinero, y Pedro de Reta-

na

na aunque la muger confiesse auerlo recibido, vt infra dicam.

Ex alio capite, tiene Andres de Eruas, y por lo consiguiẽte don Francisco de Araus derecho para pedir lo que pidẽ a Retana, sin que puedan pedir cosa alguna a doña Guiomar de Baraona, porque aunque la suso dicha con su marido, y con Retana confessaron coram testibus, es notorio q̃ auian recebido el dinero de Francisco Gomez de Torres: con todo siempre la ley presume, que la muger no recibio cosa alguna, y que la confession que hizo fue por miedo del marido, Gomez lex 61. Tauri, num.3, §. quamtamen, versi. item quæro, ibi: *Item quæro si vxor intercedat, & se obliget tanquam fideiussor, vel cum marito tanquam duo rei debendi, & expresse confiteatur pretium, & debitum in eius vtilitatem versum non remaneat obligata pro illa parte? Et breuiter, & resolutiué dico, quod non, quia inter tam coniunctas personas præsumitur fraus, & quod metu, & amore emanatur confessio*: Sic resoluit Stephanus Gratianus forensium, tom.3. cap.498. á num.3. vbi num.5. quod nec cum iuramento, cuius verba sunt; *Vnde ex tali confessione sola etiam iurata non præsumitur aliquam partem pecuniæ ad mulierem peruenisse, nisi probetur realis, & manifesta versio, quasi hoc iuramentum non sit promissorium, sed accessorium, cui non statur, vbi lex detriminat de vero actu probando, vt dictum est, & declarat etiam Baldus in authentica si qua mulier, num. 1. ad Velleianum*. Y ansi como si Andres de Eruas solamente con su muger hiziera el recibo del dinero, presume el Derecho, que solo el participaua del, y lo recibia, y no la muger: fit consequens, que la confession, que hizo con Retana debet intelligi participatio pro dimidia, exclusa vxore, quia aliud dicitur, quando duo, vel plures confitentur pretium alicuius rei recepisse, & aliud quando cum marito confitetur mulier recepisse: idem Gratianus 4. tom. cap.705. à num, 5. ibi: *Et passim ista conclusio admittitur in quacumque dispositione, in qua si duo confitentur pretium alicuius rei recipisse, debet intelligi participatio pro dimidia: Romanus consi. 462. quo ad propositum, num. 2. Ruinus consi. 186. num. 7. lib. 1. & consi. 53. num. 17. ad medium, versi. præterea, & 2. responsi.*

pondetur lib.2. Bertrandus consi.4.nume.16. in 4.dubio, libr 2.1, part. Curt. senior consi.53.num.2. Quidquid alium sit in marito, & vxore simul confitentibus recipisse dotem, quia propter reuerentiam mariti præsumitur vxorem ita fassam fuisse, qui non est casus noster, cum in alijs personis non suspectis interpretatio semper fiat prodimidia: idem tenet Barbosa, in l, si cum dotem 23.§. transgrediamur, num.37. in fine, ibi; *Illud sane verum est quod si maritus, & vxor fateantur pretium rei alienatæ recepisse præsumptione iuris credetur totum pretium ad maritum peruenisse, & vxoris personam fuisse insertam causa simulationis: probat text. authent. si qua mulier, Cod. ad Belleanum, & ibi notant Bartol. Paulu. Aluericus, & Salicetus.* Y en este pleyto no està probado, que la muger aya recebido el dinero, con prueba necessaria para excluir esta presuncion de derecho, de qua probatione infra dicam) adonde era necessaria vna probança muy clara, y muy cierta, por ser contra presuncion de derecho, que es liquidissima probatio, gloss. verbo præsumptioni, in lege vltima. ff. quod metus causa, glossa verbo ostendẽs in l. si tutor petitus, C. de periculo tutorum, cõmunis ex Tiraquel. in l, si nunquam, verbo donatione, Reynoso obseruatione 32. num.12.

Desuerte, que nos hallamos en caso en que Andres de Eruas, y Pedro de Retana solamente fueron los que recibieron el dinero, y por la mesma alegacion que se haze por parte del dicho Retana, Andres de Eruas no puede pedir a su muger, pues no recibio cosa alguna, idem dicendum erat, que lo recibiera, porque se entendia ella, y su marido, respeto de su acreedor Pedro de Retana obligados; pro dimidia, quia maritus, & vxor reputantur vna & eadẽ persona, & vna caro, vt constat ex Marco 10. Tiraq. l. si vnquam, in præfactione, nume.121. Gratianus tom.3. quæst. 405, num.5.

Y que Andres de Eruas pueda pedir a Retana la mitad que pagô por el, y don Francisco de Araus en su nombre, tanquam solutum pro correo, etiam sine cessione, quamuis aliter dici soleat in duobus fideiussoribus, l 1. C. de duobus reis, l.11. tit.12. part.5. versi. y si esto, ibi; *Y si esto no quisie-*

ra fazer, assi pueda demandar por si mesmo al principal deudor todo el deudo, maguer el señor del deudo no le otorgasse el poder que auia contra el: Et in finalibus verbis, ibi; *Pero bien puede demandar al deudor que le de lo que pagò por el.* Felicianus de societate, cap.29.num.65.

Primera Respuesta al tercero fundamento de la parte de Pedro de Retana.

POR parte del dicho Pedro de Retana se pretende probar, que el dinero del tributo fue todo para Andres de Eruas: lo primero con que lo quiere probar es con la executoria de la Real Audiencia, referida en su primero fundamento, diziendo, que con ella obsta a don Francisco de Araus la cosa *juzgada*.

Esto no tiene *justi* ficacion alguna, lo primero, porque en la dicha executoria no concurren las tres qualidades que ha de auer para obstar la cosa juzgada, scilicet eadem quantitas, eadem causa petendi, eadem conditio personarum, l.cum quæritur, cum duabus sequentibus, ff. de exceptione rei iudicatæ: y faltando alguno destos requisitos, no obsta la cosa *juzgada*, Surdus de alimentis, tit.1, quęst.126 num.2.ibi: *Addo quod vt res iudicata in vna causa noceat in alia tria concurrere debeant identitas personarum, causa, & modi agendi, quorum si vnum deficiat, exceptio minime obstabit, l. cum queritur, cum duabus sequentibus, ff. de exceptione rei iudicatæ*; Gratianus tom.3.cap.415.nu.12.

Y en esta executoria aunque se aya ventilado lo mesmo que agora se ventila, no fue entre las mismas personas, ni se litigò con personas con quien deuia litigarse, porque doña Guiomar de Baraona que defendia esta causa, y a su hazienda, y de su marido, estaua concursada, y sus bienes en poder de administrador, y los acreedores con derecho en ellos, y sin que doña Guiomar, ni sus hijos tuuiessen

ſen mas derecho en ellos que los dichos acreedores: y como don Franciſco de Araus es vno dellos, ſin ſer llamado ni oido, no pudo prejudicarlè la ſentencia, ex regulis vulgaribus: ni menos doña Guiomar ſe defendio, ni los menores hijos de Andres de Eruas, que como quiera que los dichos bienes eſtauan concurſados para prejudicar a los acreedores, y hazer el negocio de Pedro de Retana, no ſolamente no quiſo alegar de ſu juſticia, pero en ſu teſtamẽto confeſſó lo que quiſo la parte de Pedro de Retana, de qua confeſsione infra dicam.

Y baſta que eſtos bienes de Andres de Eruas eſtuuieſſẽ concurſados, para que ni el, ſi fuera viuo, ni ſu muger, ni ſus hijos fueſſen de todo tan ſeñores dellos, que a ellos ſolamente tocaſſe la defenſa, ex his quæ dominus Molina de primogenijs, lib.4.cap,7.num.31. Niguſ.1. membro,8. partis, num.44. Gomez.2.cap.13.num.14. adonde en los caſos que vno es obligado a hazer excuſion en Pedro, ſe dà por hecha, teniendo el dicho Pedro pleyto de acreedores.

Ni obſta lo que alega en ſegundo lugar, en el tercero fundamento de Pedro de Retana, en confirmacion de la executoria de la Real Audiencia, diziendo, que en la ſentẽcia que pronunciò el ſeñor don Pedro de Herrera, en que graduó a Franciſco Gomez de Torres en quarto lugar, ſe refiere la dicha executoria: Porque ſe reſponde lo primero que don Franciſco de Araus demas de pedir como ceſsionario, pide ex propria perſona, vt dictum eſt.

Lo ſegundo, que pidiendo por la ceſsion, oponiendoſe en lugar de Franciſco Gomez de Torres cedente, no le obſta lo que dize la parte de Pedro de Retana; porque aunq̃ la ſentencia del ſeñor don Pedro de Herrera tenga eſſe cõque, en la ſentencia de viſta, y reuiſta no ſe trata de la dicha executoria, que graduan a Franciſco Gomez de Torres en tercero lugar, eſtando graduado en la ſentencia del ſeñor don Pedro de Herrera en quarto lugar: ſin que digã las dichas ſentencias, que a Andres de Eruas pertenece la paga del dicho dinero; antes dizen las dichas ſentencias,

que

que en quanto la del Alcalde es contra ellas, la reuoca
con lo qual se deue entender la sentencia de vista y reuil
por donde el dicho Francisco Gomez de Torres fue g
duado, que hablan indistinctamente, porque la senten
de su naturaleza es stricti iuris, Scacia de appellationib
quæstione 17.limitatione 6.membro 9.num.11.versi.co
firmatur; vbi quod in sentencia debemus considerare e
præssa,& non quæ continetur ex ea: Osascus decisionib
pedemontanis,decisione 64.num.1. ibi: *Verba enim sent*
tiæ debent intelligi prout sonant, & strictè, nec extendi ad intell
tum,quem ex lata significatione habere possent, l.1. Cod, si plu
vna sententia fuerunt condemnati, Abbas in cap.dilectus, num 2.
officio ordinarij, Scepola in Rubrica de verborum significatio
*num.*151.& in num.2.dicit idem Osascus: quòd omnino
setur omissum quidquid in sententia non est expressu
maximè quando in necessariam consequentiam non
nit,vt in præsenti casu,adonde para que Francisco Gom
de Torres fuesse graduado a los bienes de Andres de E
uas, no era necessario declarar, que a el solo competia p
ga de lo que deuia al dicho Grancisco Gomez de Tor
antes parece que en la dicha sentencia se juzgó contra p
tita,con que en vista,y reuista fue reuocada,vt dictum e
Y aunque Francisco Gomez de Torres tuuiesse noticia d
ta executoria,y aunque vsasse della,no fue visto renunci
el derecho que tenia contra Retana tacitamente, porq
ni expressamente podia hazerlo en perjuizio de los acre
dores,a quien dio la cesion por mandado de la Sala: po
que aunque Andres de Eruas fuesse obligado,o no a la p
ga del dinero,por virtud de nueuo contrato con Pedro d
Retana; siempre Francisco Gomez de Torres tenia sus d
rechos contra Pedro de Retana.

Lo tercero que se considera en el dicho tercero fund
mento de Pedro de Retana, es, que demas de la executo
ria tiene probado de nueuo, que Andres de Eruas recibi
el dinero todo, y esto con testigos omni exceptione ma
yores,y con confessiones hechas in testamento,scilicet d
doña Guiomar muger de Andres de Eruas,y de Pedro d
Retan

Retana,y con el libro de caxa del mesmo; de quibus sigillatim agemus.

Que la prueba de testigos no es bastante.

PAra comprobacion deste articulo, noto sequentia, primô,que todas las vezes que dos correos, o tres confiessan auer recibido dineros,no diziendo las partes que reciben, aunque respeto del acreedor, cada vno se entienda auer recibido todo, respeto de los correos presume el Derecho, que lo reciben æquis partibus, vt notatur in lege reos,§.cum in tabulis,ff.de duobus reis,Gratianus 4.tom. forens.cap.705.num.5. ibi; *Et passim ista conclusio admittitur in quacunq; dispositione, in qua si duo confitentur pretium alicuius rei,recepisse debet intelligi participatio pro dimidia,Romanus cons. 62.&c.*

Como esto que se pretende probar, es a saber, que en poder de Andres de Eruas paró todo el dinero, viene a ser contra esta presuncion de derecho ha de auer vna prueba muy solida,y clara,gloss.verbo præsumptioni,in l.vltima, ff.quod metus causa,& supra ostendi,& est notum.

Lo segundo noto,que en esta escriptura de imposicion de tributo ay fee de paga hecha por Pedro de Retana corã testibus,& notario,& est melior probatio quã testibus facta,l. census, de probat. quoniam in instrumento nulla cadit affectio,nec notatur suspitionis vitio,glossa verbo productione,in finalibus verbis,in authent.at qui semel,Cod de probationibus,ibi; *Dic quod sic,quia ibi non est suspitio*: & ob id dici solet, instrumentum dici probatio probata,Mascardus,qui plures refert volum.2.conclusione 906.

Quod adeo verum est,vt de rigore contra instrumentũ non admittitur probatio,cum Hyppolito,Bartolus, Abb. & alij, resoluit nouissimé Michael de Reinoso quæstione 45.num,18.

Y para que se pruebe lo contrario que contiene la di-

cha escriptura, parece ha de auer otra mejor probança, mas qualificada por quatro testigos, omni exceptione m iores, argumento legis 117.tit.18.part.3, ibi; *O lo pudiesse pro bar por quatro omes buenos*: porque viene a ser esta probanç contra la fecha por escriptura, y fee del Escriuano.

Hinc venit, que aunque en la probança, y recaudos qu presenta Pedro de Retana aya algunas congeturas, y pre sunciones por donde se podia presumir, que Andres de E uas auia recibido todo el dinero, no deuen ser admitidas ex supra dictis. Y quando no huuiera la tension tan fun dada en la escriptura por parte de los acreedores de An dres de Eruas, del mesmo pleyto cõsta otras mayores pre sumpciones, y congeturas, por donde su puede presumir que no solamente Pedro de Retana recibio la mitad del d nero, pero todo, las quales excluyen las otras, quia vna cõ iectura tolit alteram, C.Dinus, ff. de in integrum restitutio ne, Menochius recup. remedio 15.num.353.

Las presunciones que ay por parte de Andres de Eruas son las siguientes. La primera: que el tributo se situó sobr bienes de Pedro de Retana, hipotecando la mesma finca poniendo clausula de commisso, & non alienando.

La segunda es, que en la escriptura del dicho tributo, empieça a obligarse Pedro de Retana en primero lugar, y en la fee de recibo, foj.17. lo primero que empieça a con fessar es recibir el dinero Pedro de Retana.

Lo tercero, mancomunarse tantas vezes el dicho Pedro de Retana, poniendose en p.imero lugar, quæ geminatio maiorem, & efficacem arguit voluntatem, ex his quæ Pino lus in Rubrica de bonis maternis, 1.par.num.14. Gutierrez lib.3.quæstione 12.in principio, & de iuramento, 1.par.cap 54.num.6.

Lo quarto, que quando a doña Guiomar dieron trasla do a pedimiento de doña Luysa, en el pleyto sobre que cayò la executoria dixo, y alegò, que Pedro de Retana re cibiô todo el dinero, yansi es verdad, porque foj.136. paga do doña Guiomar cierto dinero desta obligacion, tomò carta de lasto contra el dicho Pedro de Retana de Franci co

co Gomez de Torres. Desuerte que si el dinero no fuera para Pedro de Retana, no se puede presumir que hiziera tantos excessos sobre su hazienda, vt dictum est.

Esto presupuesto, todos los testigos que se presentan por parte de Pedro de Retana son en si varios, sin que den razon de sus dichos, contra legem solam, Cod. de testibus solo Iuan de Plata Marmolejo dize tanto en fauor de Pedro de Retana, que no se le deue dar credito alguno, quia nimis animosé deponit de his, qua scire nō potest, Menochius lib. 2. de præsumptio. præsumptione 55. nume. 3. ibi; *Secundum est vitium quando animosè nimis ferunt testimonia, nam & tunc suspecti sunt*: El qual alega Barbacia, Socino, Craueta, y Grammatico. Demas desto el dicho Iuan de Plata está notoriamente conuencido, & ei nulla fides adhibenda est.

Primò, porque siendo preguntado a la primera pregunta del interrogatorio, foj. 186. dize que no conoce a ninguna de los partes, mas que auer conocido a Andres de Eruas: siendo ansi que le fue preguntado por Pedro de Retana, y Andres de Eruas, y su muger, y Francisco Gomez de Torres, como está en la dicha pregunta, foj. 181.

Y siendo aora nueuamente preguntado foj. 202. dize, q̃ conoce todas estas partes: y en la quinta pregunta dize, q conoce a Pedro de Retana.

Y en el primero interrogatorio, foj. 286. siendo preguntado por la segunda pregunta que contenia auer Andres de Eruas recibido todo el dinero: no dize cosa alguna desta pregunta. Y aora nueuamente foj. 202. a la mesma pregunta dize todo lo que le preguntaron: con lo qual su dicho tanquam inter se contrario nullius est momenti, cap. qui falso, 4. quæst. 3. ibi; *Qui falsò vel variè testimonia dixerunt*: Et pro regula constitui solet, quod falsa præsumuntur testimonia, quando testes eadem de re interrogati contraria, & pugnantia attestati sunt, lex eos, in principio, ad legē Corneliam, de falsis in specie, Menoch. lib. 5. præsumptione 23, vbi num. 4. ibi. *Effecit etiam hæc repugnantia, & varietas vt nulla ipsis attestationibus fides adhibeatur, ob id iudex non debet*

ferre

ferre sententiam pro eo, cuius testes varij pugnantes sunt: Mascar conclusione 1357. & facit illa iuris, vbi repugnantia rep nitur neutrum, valet. Y como este testigo no se halle ve dadero en vno, idem in cæteris dicendum est, Menochi dict. libr. 5. præsumptione 22. cum multis Reinoso quæ 47. num. 34.

Francisco Gomez de Torres en su dicho no haze co tra los acreedores de Eruas, y depone de oidas de Retan que es parte, y el mesmo Torres como quien auia ya c brado de Andres de Eruas, tambien es parte, & non cre tur, caso que dixera alguna cosa: Menoch. de Arbitrari causa 225. num. 23. Mascard. concl. 1357.

Otro testigo ay encontrado en su dicho, que es Barto me Ruyz, fol. 183. dize, que no conoce estas partes: y de segunda pregunta cerca del dinero recebido no sabe na y aora foj. 203. en vna y en otra dize lo que le pregunta aunque no depone cosa cierta. Los demas testigos no c nocé las partes, ni deponen cosa alguna. Desuerte que n hallamos sin testigos tales quales el Derecho requiere, ley de la Partida, para vencer vna presuncion de derecho y vna escritura publica.

Que las confessiones hechas en el te tamento de doña Guiomar de Re tana, no pueden prejudicar a Andres de Eruas, y sus acreedores.

DE la confession de Pedro de Retana no ay que trata que es la mesma parte. La de doña Guiomar dema de ser contraria a lo que tenia alegado en juyzio contra torio, y a su hecho proprio quando tomò la carta de lasto contra Pedro de Retana, y demas de ser hecha despues d los bienes de su marido concursados, nullius est roboris po

por ser como era en perjuizio delos acreedores desu marido; y ni la misma cōfessiō la hazia a ella mesma deudora, Val. consultatione 87.num.4.ibi: *Ad quod respondi non deberi illud, ut debitum ex sola confessione partis, iusta doctrinam Bartoli, l.cum quis decedens, §.codicilis, num.4.de legat.3. receptum ex traditis per Parisium consi.96.lib.3.& nouissime nostrum insignem Acosta, l.si ex cautione, prg.125.C.non numerata: sed ulterius probandam esse veritatem illius debiti, propter præiuditium aliorum filiorum, & creditorum, ut l, Lucius 2.§.quisquis, de leg.3. Gam. decisi.29.col.2.& 3.post Capellam Toletanam 211. Auendan.de exequendis.cap.29.*sequitur Mantica de coniecturis lib.10.tit.4 num.2.Mascard.concl.350.num.30. ibi; *Quod intelligi verū si fuerit facta in testamento, in quo operatur tantummodo legatum, non aurem probationem aduersus confitentem*: Gutierrez practic. quæst, 96, num.3.ibi. *Sed incontrarium facit quia confessio in testamento facta in fauorem tertij de debito non probat dubitum in dubio, nec testator in vita potest ex ea sola conueniri.* Desuerte que la dicha confession de doña Guiomar nullius est momenti, ex supra dictis.

Quanto al libro de caxa de Pedro de Ratana, tiene dos cosas, se prueba pro scribente, y se lafirma, que dizen ser de Andres de Eruas: està probada per comparationem litterarum in forma iuris.

De comparatione literarum.

DIze Menochio lib.2.de arbit.cau.106.numer.14.vnas palabras sobre la probança que se haze per comparationē literarum, que son las que se siguen: *Negare tamen non possumus quod experiuntia docet: probationem hanc esse multum periculosam, cum multi reperientur, qui alterius manu ita fingunt, vt illam ipsam scripturam esse dicamus, vt aliquos retulit, quos vidit Marcilis in Rubrica de probationibus, num.318, & de quodam monacho Zasius lib.2.singulariam responsorum, cap.25. oculos ergo iudex nostros habere linceos.*

Y verdaderamente parece que en la partida foj.37. del

H llama

llamado libro, eſtamos en el meſmo caſo, porque ay mu chas preſunciones, que fue pueſta por mano agena la fir ma que dize, Andres de Eruas; la primera, porque en el li bro no ay mas firmas que digan Andres de Eruas, ni otras algunas, auiendo como ay partidas de mucha importan cia, a foj.31. vſque ad 37. adonde eſtá la llamada cuenta de Heruas.

Lo ſegundo, porque en el meſmo libro foj.37. los pri meros dos ringlones del principio de la pagina empieçan *Ha de auer en 12. de Iulio tres quentos quinientas y nouenta y och mil ſetecientas y cincuenta y quatro marauedis, por el reſto, y igual miento de ſu cuenta, fenecida de acuerdo eſte dia.* Y aqui acaba e tos ringlones, y junto a ellos de otra tinta, y letra ay qua tro ringlones apartados, para que empiece en el blanco alli auia, y dize: *Y es declaracion, que los ſeys mil ducados que yo mé a tributo de Franciſco Gomez de Torres, ſon a cuenta del ſeñ Andres de Eruas.* Y es de notar, que no tienen conueniencia ninguna las palabras antecedentes con las que tengo re ridas; ibi: *Y es declaracion.* Y eſta partida ſe haze mas ſoſpe choſa por eſtar enla otra que comiença, *Ha de auer,* porq auia de eſtar en deue, y a donde eſtà parece, que es deu de Pedro de Retana.

Ay otra preſuncion muy fuerte, y es, que ſi el tributo tomô en el año de 602. y fue de Andres de Eruas todo, co mo dize la dicha partida, como no la cargaron en el dicho año, ſino en el de 609. eſtando la cuenta de Andres de Er uas deſde el año de 599? Lo qual hizieron porque no ha llaron blanco mas a propoſito, porque a foj.32. con la qu ta de 602 y 603. eſtán las palabras todas llenas.

Que eſta falſedad ſe pruebe por preſũciones, lo reſue ue Menochio con muchos, lib.1. præſumptione 58. nu.8.

Eſtas preſunciones ſon de derecho, ſcilicet, la diuerſidad de la letra, Moſcard. còncl.760. num.11. ibi: *Propter diuerſi tatem caracteris, & literarum redditur inſtrumentum ſuſpectum falſo, & fidẽ non facit:* la diſparidad de la tinta, *idẽ Maſcard num.18. ibi: Quarto oritur ſuſpitio, & præſumptio falſitatis ex diuer ſitate atramenti.*

La

Lo tercero, ex tarditate temporis idem Mascard.nu.17. ibi: *Nam ex interuallo, & tarditate arguitur suspitio.*

Lo quarto, es congetura, que se saca de la ley 10.tit.18. lib.5.recopilationis, auer en el dicho libro al principio de las planas, algunos blancos, contra la orden de la dicha lei que prohibio no huuiesse en el dicho libro, tales blancos por el temor de la falsedad.

Y es de notar, que la dicha partida se puso en la parte en que acostumbran estar los blancos, y no en otra; demas de que es costumbre en hombres de negocios desta ciudad en casos semejantes hazerse escripturas de resguardo y no se puede presumir, que teniendo Retana escriptura de seys mil ducados contra si, se contentasse con vna partida de libro que no tiene firma del: & assueta fieri facile presumuntur, l.certi conditio, §.si nummos, ff.si certum petatur.

Et vt de diuerticulo reddeamus ad viam: los testigos no dizen mas que la firma que hizo Andres de Eruas esparecida, a otras q̄ le fueron mostradas suyas, y los demas de los testigos (como tengo dicho) dizen, que no conociã a Andres de Eruas: hæc litterarum comparatio sufficiens non est, Menochius de Arbitrarijs, cau.114.num.22.ibi, *Octauus est casus cum in apocha agitur de comparatione literarum ex testium testimonio, vt puta producitur scriptura, quæ dicitur à Caio scripta, & testes plures, qui præsentes non fuerunt cum scriberetur, examinantur, & deponunt illam esse scripturam manu Cai scriptã, in cuius manu notam habent: hoc in casu comparatio ista nihil probat: ea est ratio, quia facile possunt similitudine manus falli.* El qual alega para esto muchos Doctores, vbi n.23. quod idem in libro rationum quando agitur de fauore scribentis, & contra tertium: demas de que aqui no tratamos de libro, porque este nunquam probat contra tertium (vt infra dicam) sino de probar, y aueriguar, si la firma de Andres de Eruas es suya, Val.2.par, consultatione 177.num, 4.versi.& quod falluntur, ibi: *Ex quo falluntur multi qui existimant ad recognitionem faciendam sufficere, testes dicere de certo scire illam esse scripturam Titij, quia habent notam eius litteræ, & signum, quia multoties*

vide

*viderunt eum scribere, & ita characteres litterarum formare, &
quod sæpissimé scribebat ad eum apistolas: hæc enim omnia non suffi
ciunt nisi vlterius asseuerauerint, quod viderunt ipsammet cedulam
ab ipso scribi, & exarari, licet de tenore eius non depouant, vt patet
ex Alexandro consi.150.col.5.lib.5.Socino, Aretino, Parisio, Ri
pa, & alijs allegatis à Couar.dict.cap.22, colum.3. versi. non enim
vbi etiam allegat legem part.119.tit.18.part.3. vltra quem idem
notatum, & iudicatum in consi. Neapolitano, vt per Afflict. decisi.
181.in fine:* dominus Præses Couarrub.practicar.cap.22.n.
1.circa finem principij, ibi: *Non enim est satis testes, vt cumq le
gitimos dicere se certo scire illam esse scripturam manu Titij scripta
nisi dixerint hoc scire quia viderunt illam per Titium scribi:* Alega
la ley 119.tit.18.part.3. ex quibus se vee claramente quan
do no vuiera las presunciones de falsedad que la compa
racion de letra que quiere hazer Pedro de Retana, no es su
ficiente para probar ser la firma de Andres de Eruas.

De libro rationum.

COsa assentada es en derecho; que el libro de cuenta
probat contrascribentem lex quædam, §.numullario
de edendo, pro ipso vero scribente non probare dicit tex
in l, rationes, & l. exemplo, C. de probat. y lo pone por re
gla el señor Presidente Couar.practicar.cap.22.nu.8. y esto
es aun en los libros de cuenta de mercaderes, hechos en la
forma de la ley 10.& 11.tit.18.lib.recopilationis, en la for
ma de libro de caxa, porque faltando esta forma, est ac si
non esset, l.non dubium, C. de legib. y a la letra pone los
requisitos Iuan de Euia Bolano, Autor de la Curia Philipi
ca.2.tomo, cap.2.num.8. que todo cessa aqui, adonde no
ay forma de libro, ni cuyo sea, y muchas partes en blanco
contra lo dispuesto por la dicha ley 10. y en materia de
tanto dinero: Porque aun en los libros de mercaderes, en
lugares donde ay costumbre, que se estê por los dichos li
bros, dize Reinoso obseruatione 47. numer.5. in fine estas
palabras, cum Gail. dicto libro 2. obseruatione 2. nume. 6.
vbi

vbi num. 7. & 8. Considerandum esse, ait, primò integritatem, & probitatem mercatoris, & magnitudinem debiti: secundò, quod res de quibus agitur ad commertiorum, & negotiationis materiam expectat, ne aliter prædicta consuetudo cum alterius iniuria falsitatis occasionem præbeat.

Y quando esto fuera muy cierto, que se quiere probar con la dicha partida, Pedro de Retana siempre estaua obligado a Francisco Gomez de Torres, aunque diesse todo el dinero a Andres de Eruas, y como por la cesion los acreedores de Francisco Gomez de Torres tenian sus derechos, y representauan su persona: fit consequens, que la alegacion ni es de substancia para defenderse delos cesionarios, que esse derecho era muy bueno para contra los herederos de Andres de Eruas.

Ex quibus la sentencia de vista se deue confirmar. Salua semper dignissima censura, sub cuius auspicijs hæc submitto.

Licenciado Diego de Reynoso.